die zur Zeit der Verpfändung dazu gehörigen Werke, mithin ist nicht nur ein bestimmtes, sondern auch ein, den individuellen Bestandtheilen nach, unbestimmtes Object verpfändet [114]). Und als Object eines Verkaufs zeigt sich wieder eine völlige Gleichheit zwischen beiden Arten der universitates, indem, wenn ein Buchhändler sein Gewölbe verkauft, der Käufer einen Anspruch auf alle einzelnen zur Zeit des abgeschlossenen Kaufs darin befindlichen Bücher erhält, gerade so, als wenn ein Gelehrter seine Büchersammlung verkauft.

XIII.

Ueber die Vorzüge des civilrechtlichen Verfahrens in gewechselten Schriftsätzen vor dem protokollarischen, besonders in wichtigern Sachen, und über die mögliche Verbesserung der Mängel des erstern.

Von Herrn Dr. W. H. Puchta, Landrichter in Erlangen.

Wer sich des Zustandes des parteilichen Wechselverkehrs in Streitsachen vor Gericht, mittelst von Sachwaltern gefertigter Schriften aus noch nicht lange vergangener Zeit erinnert, kennt auch die mancherlei Unvollkommenheiten und Nachtheile, die diese Art des Verfahrens in seinem Gefolge hatte, und die sich in dem Maße fühlbarer machen mußten, als diese Art, das Streitmaterial zu fixiren, in der Regel wenigstens in den wichtigern, so wie überhaupt in allen zum ordentlichen Prozeß geeigneten und durch Advokaten geführten,

---

114) Vgl. v. Buchholz a. a. O. S. 35 fg. — Roßhirt über General- und Specialpfandrecht a. a. O. S. 10 fgg.

Sachen selbst bei Untergerichten statt fand. Die durch den Schriftenwechsel an sich dargebotene wünschenswerthe Gelegenheit zu einer gründlichern Behandlung der Sachen gab häufig nur Anlaß zur Vermehrung der Prozeßübel. Die Prozesse wurden kostspieliger und verzögerlicher, und letzteres konnte, bei der Unvollständigkeit der Gesetze und der Macht des usus fori, selbst der Richter mit Geistes- und Willenskraft nicht immer verhindern. Die Gelegenheit zur gründlichern Behandlung wurde nur nach seltenen Ausnahmen recht benützt. Ungeschickten und gebührensüchtigen Advokaten war es nur darum zu thun, eine bestimmte Zahl von Bogen zu füllen, indem der Lohn ihrer Arbeit nach dem äußern Umfange der Schrift bemessen wurde; das gelieferte Werk, oft nichts weiter als ein Aggregat von nichtssagenden Redensarten, widerlichen Recoctionen und Verwahrungen, mußte dem Richter von Geschmack anekeln und konnte ihn leicht gegen die Sache selbst einnehmen, ihm wenigstens die Arbeit, aus leerem Stroh einige Körner zu dreschen, sehr verleiden. Der geschickte Anwalt dagegen hatte die Zügel der Darlegung der factischen und rechtlichen Streitmomente in der Hand, und weit entfernt, seine Kunst dadurch zu beweisen, daß er ein verwickeltes Factum in's Klare zu setzen sich angelegen seyn ließ, ging vielmehr oftmals sein Bestreben bloß dahin, dasselbe noch mehr zu verwirren und zu trüben, besonders wenn er den angegriffenen Theil zu vertheidigen hatte. Es durfte daher nicht befremden, daß in der neuesten Zeit, wo in Deutschland so viele Stimmen für Verbesserung unserer Rechtspflege laut wurden, jener Mißbrauch mit dem Schriftenwechsel vorzugsweise als unleidentlich erschien, und das Verlangen nach Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens unterstützte.

Das Uebermaß des Uebels hat von jeher von sich selbst Mittel der Abhülfe herbeigeführt, nur nicht immer die rechten. Dieß war auch hier der Fall. Man hat hie und da das Verfahren in Schriften, wo nicht gänzlich abgeschafft,

doch sehr beschränkt und an dessen Stelle ein anderes gesetzt, das man ein mündliches nannte, weil es in Gegenwart der Parteien oder ihrer Rechtsvertreter nach ihrem mündlichen Vorbringen zu Protokoll genommen wird, und zwar soviel möglich wörtlich; denn man hat sich noch nicht an die Vorstellung gewöhnt, daß nicht alles von den Parteien und für sie Geredete nothwendig der Firirung durch das Mittel der Schrift bedürfe.

Mit diesem schriftlichen Verfahren in veränderter Form wurde wesentlich nichts gebessert, vielmehr verlor dasselbe manche Vorzüge, die wenigstens dem von gewissen Mängeln gereinigten Verfahren in Satzschriften nicht abzustreiten sind. Sind bei dieser, übrigens nicht neuen, Procedurform zum Protokoll die Parteien mit Rechtsassistenten versehen, so dictiren diese die Vor- und Anträge derselben dem Actuar in die Feder. Ist dieses nicht der Fall, so bleibt nichts weiter übrig, als daß der Richter die Stelle der Assistenten vertritt. Seine Sache ist es nun, wie gut oder schlecht er, unbeschadet seiner Stellung als parteiloser Richter, die Vices der Sachwalter, und zwar für beide Theile zugleich, durchzuführen vermag. — Zu einer Zeit, wo wegen Einfachheit der materiellen Gesetze, oder doch der Formen der Rechtsverfolgung und Vertheidigung, der Wechselverkehr zwischen Richter und Parteien erleichtert war, wo daher jener diese eigentlich nur zu hören brauchte, um sofort Bescheid geben zu können, konnte keine Verlegenheit entstehen, wenn auch rechtsunkundige Parteien ohne Vertreter vor den Schranken des Gerichts erschienen. Hier galt buchstäblich das: narra tu mihi factum, ego tibi jus narrabo. Damit war aber nicht mehr auszukommen, als es galt, das Factum in kunstmäßiger Form vorzubringen, und mit dem Verlangen der Partei an ihren Gegner in einen schlußgerechten Zusammenhang zu setzen; nicht mehr, als von einer zweckmäßigen Wahl der Klage, von den passenden Einreden das Schicksal des Prozesses abhing. Dazu war die Unterstützung eines dem

Interesse seiner Partei ganz und allein ergebenen Rechtsverständigen nothwendig. Nun war aber kein Rechtsverständiger vorhanden, als der Richter, an den freilich die Forderung einer einseitigen Ergebenheit nicht gemacht werden konnte. Indessen man nahm es mit diesem Bedenken so genau nicht, und traute dem Richter soviel von Proteus Zauberkraft zu, als man glaubte, daß hier Noth thue. Im Grunde wußte man kein anderes Auskunftsmittel, und so wurde eben das zunächst liegende ergriffen, wie man sagt, aus der Noth eine Tugend gemacht. Darum blieb man, der veränderten Forderungen an eine gesetz- und ordnungsmäßige Prozeßführung ungeachtet, doch bei der alten Form des Verkehrs zwischen rechtsunkundigen Parteien und Richter. Es gab sogar Länder (vom ehemaligen Fürstenthum Ansbach weiß es der Verfasser aus eigener Erfahrung), wo bei den Untergerichten das Verfahren in Satzschriften gänzlich verbannt war. Wenn dieses bis vor 40 Jahren erträglich schien, so sollte es doch jetzt nicht mehr dafür gelten. Dennoch besteht diese Anomalie der Vertretung durch den Richter auch noch in unserer Zeit, und man kann sich dieß nur mit der Macht der Gewohnheit erklären und damit, daß die Ordner der Dinge, indem sie zwischen zwei Uebeln das kleinere zu wählen glauben, nicht immer so glücklich sind, das kleinere wirklich zu treffen. Wie wenig der Richter sich dazu eignet, den Vertreter der Parteien zu machen, ohne über dem Sachwalter den Richter oder über diesem jenen zu vergessen, ist bekannt. es wird aber davon hernach noch die Rede seyn.

Das mündliche Verfahren zum Protokoll, richtiger: das **protokollarisch schriftliche** mit oder ohne Beiziehung von Advokaten statt dem in wechselsweise eingereichten Schriftsätzen wurde bekanntlich bei den Untergerichten mehrerer deutscher Länder, namentlich im Königreich Baiern durch das Gesetz vom 22. Julius 1819 außer den summarischen, auch in den zum ordentlichen Prozeß geeigneten Sachen bei den Gerichten erster Instanz eingeführt, weil man von der Vor-

stellung ausging, daß das Verfahren bei diesen Gerichten, in der Regel Untergerichten, seiner Natur nach summarisch seyn müsse. In dieser Beziehung gab es also bei den allermeisten Prozessen, die wenigstens bei den Untergerichten beginnen, eigentlich gar keinen ordentlichen Prozeß mehr, sondern nur summarische oder doch besonders ausgezeichnete ordentliche Prozesse, — ein Mittelding zwischen Ordinarius und Summarius, gegründet auf den Gerichtsorganismus.

Der Verfasser dieses Aufsatzes bleibt hier jetzt nur etwas bei dem bemerkten baierif. Gesetze stehen, da er über dessen Erfolg für die Verbesserung der Rechtspflege in seinem Vaterland aus nun 15jähriger eigener Anwendung als Richter Erfahrungen zu machen Gelegenheit hatte. Dieses Gesetz bestimmt, „daß bei den Gerichten erster Instanz alle streitige Rechtssachen mündlich und kurz zum Protokoll instruirt werden sollen, wenn nicht entweder beide Theile selbst (was jedoch bei dem Verfahren in summarischen Sachen unzulässig) die schriftliche Instruction ausdrücklich verlangen, oder das Richteramt dieselbe wegen Wichtigkeit der Sache oder besonderer Umstände anordnet. Auf die schriftlich oder mündlich angebrachte Klage soll ein Termin zur protokollarisch schlüssigen (?) Verhandlung bestimmt werden, und hier soll der Richter, wenn Personen, welche der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand ihre Sache verhandeln, sich bestreben, daß das Factum des Streits und dasjenige, was jeder Theil von dem andern verlangt, vollständig und genau aufgenommen, der Streitpunkt richtig gestellt und dasjenige gebührend aufgeklärt werde, was zur Entscheidung erfordert wird."

Die Sache hat von vorn herein ein freundliches Ansehen. Nicht nur „das m ü n d l i c h e und kurze Instruiren zu Protokoll", dem das Verfahren in Satzschriften (gleichsam als ob dieses allein für ein schriftliches anzunehmen sey) entgegengesetzt wurde, schien den Ansichten der Zeit zu huldigen, sondern auch die dem Richter übertragene thätigere Rolle bei Entwickelung des Factums konnte für eine wesent-

liche Verbesserung gelten. Denn an der mehrern Activität der Richter schien es bis jetzt eben hauptsächlich zu fehlen, dagegen den Advokaten, was freilich auch in der That sich so verhielt, eine zu große Herrschaft über das Schicksal der Prozesse eingeräumt zu seyn. Aber daß mit dieser Bestimmung die schwierige Aufgabe über Vereinfachung und Abkürzung der Prozesse und deren mindere Kostspieligkeit auf einmal gelös't, die Clement. 2. de verb. sign. gleichsam von den Todten auferweckt sey, das wollte Sachkennern freilich schon gleich anfangs nicht einleuchten. Abgesehen davon, daß von einer Mündlichkeit des Verfahrens überall keine Rede seyn konnte, war es schon der Umstand, daß die erweiterte Thätigkeit des Richters für die Aufklärung des Streitverhältnisses nur in dem Fall, wenn rechtsunkundige Parteien allein vor Gericht handelnd erscheinen, Anwendung finden sollte, nicht aber wenn sie der Rechte kundig sind, oder durch Rechtsanwälte vertreten werden, — schon dieser Umstand war es, der der neuen Institution sogleich den Stempel der Halbheit aufdrückte. Auch die vorgeschriebenen Modalitäten der Verhandlung mit den Parteien allein zeigte bald auf eine auffallende Weise das Unersprießliche der Verschmelzung heterogener und sich gegenseitig abstoßender Theile zu einem Ganzen. Der verstorbene Staatsrath v. Gönner, dem Baiern dieses Gesetz verdankt, war überzeugt, daß die Grundsätze des preußischen Prozesses bezüglich auf die erweiterte Gewalt des Richters ganz geeignet seyen, ein zur gründlichen Entscheidung des Streits nach den Forderungen des materiellen Rechts taugliches Material hervorzubringen, und dieß kann man unter gewissen Voraussetzungen, die freilich nicht immer eintreffen, gelten lassen. Aber er glaubte, daß sich diese Grundsätze zur Verbesserung des baierischen Prozesses nützlich verwenden ließen, und es scheint, daß er sich in dieser Vorstellung viel zu sehr gefallen hat, um die Schwierigkeiten sorgfältiger zu erwägen, welche der Verschmelzung so verschiedenartiger Bestandtheile entgegenstehen, wie die

Regeln für die Anwendung der richterlichen Gewalt nach dem preußischen Prozeß auf den baierischen nach dem Verhandlungsprinzip [1]. So fehlte es nicht an Inconsequenzen, und selbige würden noch schärfer hervorgetreten seyn, wenn man es mit der wesentlichen Regel von der richterlichen Verwendung so genau genommen hätte. Kurz, nur zu bald zeigte sich das Unpractische jener gesetzlichen Vorschrift, so weit diese auf eine, dem instruirenden Richter beigelegte Thätigkeit ging, die dem im Uebrigen doch hauptsächlich in Gültigkeit gebliebenen baierischen Prozeß nach dem gemeinrechtlichen Verhandlungsprinzip durchaus fremd ist, und letzteres behielt wieder die Oberhand. Bald dachte Niemand weiter an die Forderung einer mehr positiven Thätigkeit des Richters, an ein sorgfältiges Sammeln des factischen Stoffes und dessen Fixirung durch das Protokoll mit Scheidung des Unstreitigen und Streitigen, des Erheblichen und Unerheblichen, sondern was eben jeder Theil für seine Intention factisch und rechtlich durch einander anzuführen und zu Papier bringen zu lassen für gut fand, wurde zum Protokoll niedergeschrieben, die Assistenz von Rechtsanwälten wurde mehr oder weniger scheinbar entbehrlich und dem Richter es möglich gemacht, eine Gewalt über das Schicksal des Prozesses zu usurpiren, die ungleich bedenklicher war, als die Herrschaft der Advokaten. Die richterliche Verwendung nach dem preuß. Untersuchungsprinzip, der Geist, der das Ganze beleben sollte, verflog und das Phlegma blieb zurück. Der Richter sucht nun nicht weiter das Factum aufzuklären, er macht nur den Sachwalter der Parteien, wenn sie selbst keinen haben, meistentheils beider zugleich; er dictirt ihr Vorbringen zu Protokoll, oft ziemlich flüchtig und ohne vorher mühsam Information einzuziehen, und das Ganze für den Zweck des Angriffs oder der Vertheidigung sorgfältig zu überdenken. Demjenigen Theil der Unterrichter, die zugleich Administrativ-Beamte und als

1) Vergl. meine Beiträge zur Gesetzgebung ꝛc, Bd. I. No. I.

solche mit den verschiedenartigsten Geschäften überladen sind — und dieß ist der bei weitem größte — fehlt ohnehin die nöthige Zeit dazu. Die etwa doch von einem oder dem andern Theil gewählten Advokaten ihres Orts recessiren nach wie vor, während der Richter sich ganz passiv verhält. Nach der preußischen Untersuchungs-Methode würde der instruirende Richter auch hier die Advokaten nicht Herr seyn lassen, er würde mit Scheidung des Wesentlichen vom Unwesentlichen, besonders mit Rücksicht auf das Factum, das Protokoll selbst redigiren und jeden unpassenden Auswuchs sogleich abschneiden; die Anwälte würden dabei nur die Aufsicht und Controle führen. Dieß ist aber bei unsern Untergerichten nicht also, wenn Advokaten gegenwärtig sind; ja diese würden eine solche Einmischung des Richters als Anmaßung sich nicht gefallen lassen, und da sie das Gesetz für sich haben, nicht ohne Grund. So ist denn, des neuen Gesetzes ungeachtet, die Sache beim Alten geblieben, bloß mit dem Unterschied, daß selbst in wichtigern und verwickeltern Sachen die Nichtzulassung von Schriftsätzen die Regel ausmacht, — die Rechtspflege in erster d. h. Hauptinstanz also genau betrachtet, eher verschlimmert als verbessert.

Ich komme nun zu dem eigentlichen Thema selbst, oder zu der Frage

> über die Vorzüge und Mängel, Vortheile und Nachtheile des protokollarisch schriftlichen Verfahrens auf der einen- und des Verfahrens in eingereichten Schriftsätzen auf der andern Seite.

Hierbei muß aber sogleich bemerkt werden, daß 1) nicht von dem Fall die Rede ist, wo die Parteien ohne Rechtsvertreter handeln, sondern von dem, wo sie mit solchen versehen sind, und s. g. Oralrecesse das Protokoll füllen; auch 2) nicht von dem Verfahren im summarischen Prozeß. Sind (ad 1.) die Parteien nicht mit Advokaten versehen, so muß an die Stelle eingereichter Schriftsätze ohnehin das Dictamen des Richters

zum Protokoll treten, also der Richter zugleich den Vertreter der Streitenden machen; oder man müßte diesen die Befugniß einräumen, selbstgefertigte Schriftsätze einzureichen, was jedoch nicht für zweckmäßig gehalten werden kann, theils weil damit der Winkelschriftstellerei Vorschub gethan werden würde, theils weil diese Erlaubniß häufig zur Verzögerung der Sache führen möchte, wollte man anders nicht statt eine unbrauchbare Schrift zur Verbesserung vielleicht zweimal zurückzugeben, die nach gemeinem Prozeßrecht eben doch bedenkliche Contumacialfolge eintreten lassen, die das neue preußische Gesetz vom 1. Juni 1833. §. 71. für diesen Fall bestimmt, wenn es verordnet: „die Parteien können ihre Schriftsätze selbst verfassen; doch soll wegen Mangelhaftigkeit eines Schriftsatzes niemals die Verlegung eines Termins statt finden“. — Ferner ist (ad 2.) hier auch nicht von den zum summarischen Prozeß geeigneten Sachen die Rede. Bei diesen wird man es am besten bei dem protokollarischen Verfahren bewenden lassen, es mögen nun Advokaten den Streit führen, oder der Richter mit den Parteien allein handeln. Denn einmal ist dieß nun schon allgemein so eingeführt, und die mehrere Beschleunigung, die ohne Widerrede allerdings bei dieser Procedur-Form Anwendung findet, fordert sogar das protokollarische, statt des Verfahrens in Schriftsätzen, wozu noch zu einiger Beruhigung wegen der Stellung des Instruenten der Umstand kommt, daß in der Regel eben doch kein peremtorischer Rechtszustand dabei bezielt wird. Nur ist freilich auch hier nicht bloß zu wünschen, sondern eigentlich schon eine wesentliche Bedingung des schleunigern und energischern Ganges des summarischen Prozesses, daß der Richter sein Leitungsamt in einer mehr activen Stellung geltend macht, und daher jede von Oralrecessen der Sachwalter fast unzertrennliche Ausschweifung möglichst verhindert. — Doch hier soll nicht von dem summarischen Verfahren die Rede seyn, sondern das ordentliche ist es, welches man in's Auge gefaßt hat.

Daß ein ordentliches Verfahren, im Gegensatze von dem summarischen, auch bei Untergerichten, ohne Rücksicht auf ihre Besetzung eben so anwendbar sey, wie bei höhern Gerichten, kann nicht bezweifelt werden. Denn Gründe der Auszeichnung müssen von der Sache selbst geboten seyn, nicht von dem Organismus der Gerichte. Es deutet immer auf eine Mangelhaftigkeit in der Rechtspflege, wenn man die Forderungen an die Gerechtigkeit, je nach der Stellung der Gerichte in der Justizhierarchie, erhöhen darf oder herabstimmen muß. Ein Prozeß über das Eigenthum eines Landguts, über eine Erbschaft, über das Recht der Schaafhut, sollte doch wahrlich darum nicht nach den Formen des summarischen Prozesses behandelt werden, weil der Richter erster Instanz ein Einzelrichter ist. Es ist ein unerträglicher Gedanke, daß sich die Justiz nach der Decke strecken solle. Eben so wenig kann das Verfahren deshalb summarisch genannt werden, weil die Sätze zu Protokoll dictirt werden. Man bedenke übrigens nur den wichtigen Umstand, daß der Prozeß in erster Instanz die Grundlage für alle folgende Instanzen bildet, und daß der bei einem Untergericht, das nur mit einem einzigen Richter besetzt ist, in das Leben getretene Rechtsstreit sein kräftiges oder kümmerliches Daseyn bis an den höchsten Gerichtshof des Reichs fortsetzt. Es handelt sich um das Verfahren in der ersten Instanz, und ist hier das Gericht subjectiv unvollkommener besetzt, als die zweite und dritte Instanz (wie es freilich nicht fehlen kann), so fordert gerade diese Mangelhaftigkeit eine sorgfältigere Anwendung der Controlen einer regelmäßigen Procedur. Wie der Baum in der ersten Instanz fällt, kann man sagen, so bleibt er in der folgenden liegen; die ungeschickte Einleitung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel, die Rechtskraft eines unpassenden Interlocuts wirkt bis zu der Instanz, über welche hinaus nur noch die Berufung in das Thal Josaphat denkbar ist. Wenn nun das ordentliche Verfahren überhaupt die Garantie der Rechtssicherheit in ihrer höchst möglichen

Vollkommenheit ist, so könnte man eher das summarische Verfahren bei vollkommener organisirten Gerichten gelten lassen.

Betrachten wir nun die Vorzüge der beiderlei Methoden der Darlegung der Streitbehelfe näher.

A) Was das Verfahren zum Protokoll anlangt, so ist schon erinnert worden, daß das Beiwort **mündliches** dabei ganz unpassend ist, da es nicht weniger ein schriftliches ist, als das in Satzschriften. Ein mündliches würde es nur dann mit Recht heißen, wenn nicht die ganze Erörterung und alles Vorbringen der Parteien haarklein zum Protokoll niedergeschrieben werden müßte, sondern wenn die Procedur mit einer mündlichen Discussion begonnen und nur das Resultat durch die Protokollschrift fixirt würde. Daß ein Verfahren, das nur das Wesentliche des Verhandelten durch die Schrift bewahrt, das Uebrige aber bloß den Ohren anvertraut, auch in Deutschland, ehe noch vielleicht ein Menschenalter vergeht, einheimisch werden dürfte, ist aller Anschein vorhanden, wenn zumal der Versuch, den Preußen mit dem Gesetz über den Mandats-, summarischen und Bagatell-Prozeß vom 1. Juni 1833. gemacht hat, den Erwartungen entsprechen sollte. — Jenes protokollarisch schriftliche Verfahren nach gemeiner Praxis gewährt nun gegen das vorzugsweise also genannte schriftliche, oder in eingereichten Schriftsätzen allerdings gewisse Vortheile, die nun näher betrachtet, zugleich aber auch gewisse Unvollkommenheiten desselben nicht unbemerkt gelassen werden sollen.

1) Es ist kürzer als das durch gewechselte Schriftsätze. Denn während bei diesem, selbst wenn es ordentlich geht und keine ungebührliche Dilationsgesuche zugelassen werden, von der Insinuation der Klage an bis zur Duplik mit Hinzurechnung der Zeit für die Expedition und Insinuation der Communicationsdecrete wenigstens vier Monate verstreichen, kann die Verhandlung zum Protokoll in der Regel in einer Tagesfahrt zu Ende gehen, also daß von Insinuation der Klage an in 4 Wochen, wenn nicht außerordentliche Zwischen-

fälle eintreten (und diese verlängern dann doch auch das Verfahren in Schriftsätzen), das erste Verfahren bis zur Beweisinstanz oder wohl gar bis zum Definitiv-Erkenntniß reif seyn kann. Indessen gilt diese Beschleunigung doch nur von den Fällen, wo mit den Parteien allein verhandelt wird, nicht wenn sie von Sachwaltern vertreten werden, bei welchen Terminsverlegungsgesuche häufig eintreten, deren Bewilligung oft nicht versagt werden kann, weil der Advokat, der nur eine einigermaßen ausgebreitete Praxis hat, an dem vom Gericht anberaumten Termin schon vor ein anderes Gericht vorgeladen worden seyn kann.

2) Das Verfahren zum Protokoll, wenn es mit den Parteien allein gepflogen wird, gibt einem gewissenhaft thätigen und für seinen Beruf als Instruent empfänglichen Richter, ist ihm anders die nöthige Zeit gelassen, Gelegenheit, dem wahren Sachverhältniß auf den Grund zu sehen und ohne gerade inquisitorische Maßregeln anzuwenden, manches für Abkürzung des Beweisprozesses zu wirken. Doch ist dieser Vorzug freilich durch Eigenschaften des Geistes und Herzens bedingt, die nicht allen Richtern gemein sind, und deren Mangel die Rechtssicherheit der Streitenden in einen sehr prekären Zustand versetzt. Ist der nur von seinem Gewissen und von rechtsunkundigen Parteien controlirte Richter auch nicht parteiisch im schlimmern Sinne des Worts, so kann doch Uebereilung, eben so Vorliebe für eine gewisse Ansicht von dem Sachverhältniß, oder eine Hinneigung an das Interesse einer Partei, die selbst aus einer an sich edeln Quelle, aus Eifer für Recht und Ordnung, aus lebhaftem Gefühle für Unterdrückung des Schlechten, — abstammen kann, die strenge richterliche Unbefangenheit auf eine harte Probe setzen. Es scheint übrigens, daß die richterliche Thätigkeit im Verfahren nach der gemeinrechtlichen Methode leichter, die richtige Grenze zu überschreiten, versucht werden kann, als nach dem preuß. Prozeß, weil in letzterem der Richter

nur Facta zu entwickeln hat, während dort seine Aufgabe mehr deducirend, folglich vertretend ist.

3) Das protokollarische Verfahren ist wohlfeiler, selbst wenn die Sachen durch Advokaten geführt werden; denn die Kosten dieser Verhandlung und die Taggebühr der Anwälte beträgt nicht die Hälfte der Kosten eines Schriftwechsels, selbst wenn die Sache nicht in einer Tagesfahrt ausgeht. Es wird aber freilich hiebei vorausgesetzt, daß die Rechtsanwälte am Sitze des instruirenden Gerichts wohnen. Ist dieß nicht der Fall, und jene müssen zum Gericht Reisen machen, so kann gar leicht das umgewandte Verhältniß eintreten, zumal wenn die Parteien bei der Wahl ihrer Sachwalter nicht an die bei dem verhandelnden Gericht angestellten gebunden sind, und die öffentlichen Rechtsanwälte, wie in Baiern, im ganzen Lande concurrente Praxis haben und bei jedem Gericht zugelassen werden müssen, die Parteien somit nicht verhindert sind, auch einen Advokaten aus der Ferne zu wählen. Dieß ist nun zwar in der Regel nicht zu besorgen, — selbst da nicht, wo die Gesetze, was freilich zu wünschen wäre, die Gerichte nicht ermächtigen, diese Ungebundenheit bei dem Erkenntniß über den Kostenpunkt unschädlich zu machen, — weil die Partei auf den ungewissen Ausgang ihres Rechtsstreits sich nicht selbst der Gefahr eines beträchtlichen Kostenaufwands aussetzen wird. Gleichwohl ist der Fall wohl denkbar, ist auch in der Praxis schon vorgekommen, daß eine klagende Partei, ihres auf klare Briefe und Siegel gegründeten Rechts gewiß, und um sich an dem zahlungsflüchtigen Schuldner zu rächen, sich der Hülfe eines entfernt wohnenden Sachwalters bedient und so die Kosten absichtlich vermehrt hat.

4) Das protokollarische Verfahren, wenn es anders in Gegenwart der Parteien gepflogen wird, erleichtert den richterlichen Vergleichsversuch, während bei dem Schriftwechsel die persönliche Entfernung der Parteien auch die Annäherung ihres Willens verhindert. Wenn man es endlich

5) noch unter die Vorzüge des protokollarischen Verfahrens rechnet, daß man dabei nicht an die Assistenz der Rechtsanwälte gebunden sey, und sogar einen hohen Werth darein legt, so kann man dieß nur etwa so weit gelten lassen, als wenn es der Kranke in seinen Umständen für ein Glück ansehen will, daß er die Freiheit habe, die Hülfe eines Arzts zu suchen, oder nicht. Freilich wenn der Patient eine gute Natur hat, so kann er darauf etwas bauen, und die Partei, die eine gerechte Sache hat, kann es auch. Aber im Allgemeinen es für ein Glück ansehen, weder Aerzte noch Advokaten zu haben, das kann doch nur Einseitigkeit oder Unmuth über bittere Erfahrungen. Es wird hernach gezeigt werden, daß die Vernachlässigung des sachwalterlichen Beistandes gar oft zum Nachtheil der Vollständigkeit bei Darlegung der Streitbehelfe sich äußert; auch ist es nichts Seltenes, daß die Partei, die anfangs ohne Rechtsanwalt ihre Sache führen zu können meinte, im Fortgange des Streits doch noch ihre Zuflucht zu demselben nehmen mußte, und dann ohne Gewinn für ihre Sache und ihren Beutel.

Betrachten wir nun dem protokollarischen gegenüber

B) das Verfahren in Schriftsätzen, auch mit den Unvollkommenheiten, welche eine schlechte Praxis, oder die Nachsicht kraftloser Richter, oder auch mangelhafte Prozeßgesetze hie und da an selbigem erscheinen lassen, so sind dennoch seine Vorzüge als überwiegend nicht zu verkennen. Sie äußern sich vornehmlich in mehrerer Gründlichkeit bei dem Gebrauche der Angriffs- und Vertheidigungsmittel, wenn anders die Anwälte den Forderungen entsprechen, die man an einen rechtserfahrnen, uneigennützigen und thätigen Rechtsvertreter machen darf. Mangeln ihnen aber diese Eigenschaften, so ist wohl die Partei überhaupt übel berathen, und es wird nichts gebessert, wenn ein solcher Rechtsfreund unmittelbar unter den Augen des Gerichts handelt und seine Vorträge zum Protokoll dictirt, im Gegentheil werden die Pro-

ductionen, wenigstens des ungeschickten Sachwalters, dann noch unerträglicher seyn.

Wenn das Verfahren in eingereichten Schriften den Vorzug der mehrern Gründlichkeit hat, wie sogleich gezeigt werden wird, so können dagegen die mit dem protokollarischen verbundenen Vortheile der mehrern Beschleunigung und Wohlfeilheit nur eine secundäre Rücksicht einnehmen. Nicht immer liegt bei der Entscheidung eines Prozesses so gar viel an der Beschleunigung, daß nicht bei der Wahl, eher zum gewünschten Ziele zu gelangen, oder dasselbe sicherer zu erreichen, die Streitenden sich für das letztere bestimmen sollten. Man sollte übrigens niemals vergessen, daß, wenn von Prozeßverzögerungen die Rede ist, nicht alle Schuld auf die Rechnung der Sachführer kommt. Daß sich Verschleppungen der Prozesse durch diese allein, ohne mitwirkende Schuld der Richter, nicht wohl annehmen lassen, ist ausgemacht, und dem alten Erfahrungssatze: si judices noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare (L. 13. §. 1. C. de judiciis) hat eine weitere Erfahrung von 13 Jahrhunderten nicht widersprochen. Dann beachte man nur auch, wie lange oft nach dem Beschluß der Sache, und nachdem Advokaten und Parteien längst zu reden aufgehört haben, die Acten auf dem Spruche liegen. — Was die mehrere Kostspieligkeit des schriftlichen Verfahrens anlangt, so können angemessene Taxordnungen und zweckmäßige Disciplinarvorschriften, besonders aber deren kräftige Handhabung von Seiten der Gerichte manchem Uebermaße begegnen; vornehmlich wird der Ungebühr sehr gesteuert werden, wenn man einmal ein anderes Taxnormativ, als die Elle anwendet, also die Arbeit des Advokaten nicht mehr nach der Länge ihrer Schriften abmißt. Uebrigens trifft hier das von der Beschleunigung Gesagte in seiner Art ebenfalls ein. Ein beschleunigtes Werk hat nur Werth, wenn es zugleich brauchbar ist, und eine schlechte Arbeit ist auch für wohlfeilen Preis zu theuer. Endlich be-

rechtigt auch eine gründlichere Rechtspflege zu der Erwartung, daß der Unrecht habende Theil unterliegen, daher auch die Unkosten zu erstatten haben wird, und er kann nicht verlangen, daß ihm ein selbst verschuldetes Schicksal auf Kosten der Gründlichkeit erleichtert werde.

Daß im Wege des wechselnden Verkehrs in Schriftsätzen ein gründlicheres Verfahren, als mit dem Recessiren zum Protokoll, zu bewirken ist, läßt sich nicht bezweifeln. Es ist offenbar, daß man etwas Tüchtigeres erwarten darf, wenn ein Replik- oder Duplikſatz (denn bei der ersten Antwort hat der Beklagte ohnehin die nöthige Muße zur Vorbereitung) in Ruhe und mit der gehörigen Sammlung zu Hause ausgearbeitet werden kann, als wenn die Gegenantwort auf die Exceptionshandlung und die Schlußhandlung auf die Replik aus dem Stegreife zu Protokoll gegeben werden muß, im Geräusche der Parteien und unter andern störenden Einflüssen, die von einer Verhandlung vor Gericht unzertrennlich sind. Wie mancher Sachwalter, dem die Sache seines Clienten und selbst seine eigene Reputation nicht gleichgültig, oder in dem doch wenigstens die Geschmacksbildung nicht ganz erstorben ist, mag nicht schon, wenn er das aus seinem Munde Niedergeschriebene nachher durchgelesen hat, den Wunsch bei sich gehegt haben, es möchte ihm gestattet seyn, diesen oder jenen unpassenden Ausdruck, diese oder jene nicht glücklich gewählte Wendung ändern, diesen oder jenen Umstand besser hervorheben oder in ein anderes Licht stellen zu dürfen! Selbst der, dem die Gabe schneller Auffassung und eines richtigen Ueberblicks auch bei verwickelten Sach- und Rechtsverhältnissen verliehen ist, dem auch Gewandtheit der Sprache zu Gebote steht, würde doch auf jeden Fall etwas Besseres geliefert haben, wäre es ihm vergönnt gewesen, seinen Vortrag, statt ihn, ohne alle Rücksicht auf seine gegenwärtige Stimmung, auf der Stelle und ohne langes Bedenken zum Protokoll abgeben zu müssen, mit Benützung der günstigen Augenblicke freier Sammlung, nach Gelegenheit

auch seiner Bibliothek in seiner Studirstube concipiren zu können. Dieses Hinschreiben auf gerathewohl, ohne Vorbereitung und Ueberlegung, und ohne Sorgfalt rücksichtlich des Gedankenausdrucks scheint doch in der That recht darauf angelegt, die Menschen allmählig von dem Widerwillen gegen schlechte stylistische Producte zu entwöhnen. Aber auch angenommen, der gerügte Uebelstand trete nur ausnahmsweise ein, so ist nicht einzusehen, was damit viel gewonnen ist, wenn man die Advokaten nöthigt, ihre Zeit mit dem Dictiren der Recesse in der Gerichtsstube zuzubringen, statt ihnen eine kurze Zeit zu gestatten, das, was nun doch einmal geschrieben werden muß, schriftlich einzureichen. Eine Frist von 8 Tagen zu einem dergleichen Receß wird auch ein vielbeschäftigter Anwalt einhalten können, wenn er nur will, da er ja auch bei der protokollarischen Verhandlung gegenwärtig seyn und seine Zeit daran setzen muß — oft mit Nichtsthun, während nämlich für den Gegentheil dessen Anwalt oder der Richter zu Protokoll recessirt. Man gewönne damit nicht nur ein fleißigeres und brauchbareres Elaborat, sondern die Gerichte ersparten auch die Zeit, die der Instruent mit Anhörung des Dictamens zum Protokoll, wenn er anders nicht mit etwas Anderm sich beschäftigt, und der Actuar mit dessen Niederschreibung, so wie hiernächst die Kanzlei mit Ertheilung der Abschriften, — denn der Advokat müßte den Receß in Doppelschrift einreichen — verderben muß.

Aber sollte nicht das Verfahren, wo die Gerichte mit den Parteien unmittelbar zu Protokoll handeln, weil diese nicht mit Rechtsvertretern versehen sind und aus Mangel an Rechtskenntniß ihre Sache selbst zu führen nicht vermögen, also das Instructionsverfahren im eigentlichen Sinne, den Vorzug vor dem in gewechselten Schriftsätzen haben? — Nach dem Vorgange des vorhin angeführten baierischen Gesetzes und einiger anderer Particular-Gerichtsordnungen scheint die bejahende Antwort hierauf beinahe unbedenklich,

und somit die sachwalterliche Assistenz eben nicht unentbehrlich. — Es ist nicht zu läugnen, wenn der Instruent hier mit gewissenhafter Thätigkeit und Liebe zur Sache zu Werke geht, wenn er insonderheit die gehörige Vorbereitung aus den etwa vorhandenen Acten und durch Erkundigung bei den Parteien, also die sorgfältige Informations-Einziehung nicht vernachlässigt, wenn er dabei ferner das zur Sache Erforderliche, mit Anwendung seiner Rechtskenntniß in einem bündigen und folgerichtigen Vortrage zum Protokoll aufnimmt, so kann das solchergestalt gewonnene Product ein tüchtiges Material für die Entscheidung geben, tüchtiger als ein wortreiches, aber sacharmes Recessiren der Advokaten, und als manche Prozeßschrift von ähnlichem Gehalte. Indessen selbst diesem eigentlichen Instructionsverfahren ist besonders in der Gestalt, wie es gemeinrechtlich practisch ist, und auch nur seyn kann, dennoch das Verfahren in Wechselschriften, wenigstens in den wichtigern und verwickeltern Sachen vorzuziehen. Denn nach dem Verhandlungsprinzip ist dem Richter nicht das selbstthätige Einschreiten gestattet, das die preuß. Instructionsmethode demselben erlaubt, ja sogar zur Pflicht macht. Es ist ihm gemeinrechtlich nur gestattet, die Hindernisse zu entfernen, die sich den Bemühungen der Parteien für die Entwickelung der Sachverhältnisse in den Weg legen, nicht aber direct in diese Entwickelung einzuwirken. Der Instruent, der sich streng an die Grundregeln des gemeinen Prozesses hält, kann folglich, um nicht die Grenzen seiner Befugniß zu überschreiten, leicht versucht werden, lieber zu passiv, als zu activ sich zu verhalten, was ohnehin als das Bequemere Vielen sich von selbst empfiehlt. Dieß alles verhält sich anders, wenn Advokaten in Schriften handeln, oder auch nur bei der Aufnahme der Erklärungen zum Protokoll gegenwärtig sind. Schon die eigenthümliche Stellung des Sachwalters gegen seine Partei, und in Folge derselben deren mindere Zurückhaltung gegen ihn begünstigt eine vollständigere Darlegung des Streitstoffes. Dem eigentlichen

Rechtsvertreter ist bei Suppeditirung von Rechtsbehelfen, und deren Hervorsuchung aus dem hintersten Winkel selbst mit Erforschung der Geheimnisse seines Clienten manches gestattet, ja sogar zur Pflicht gemacht, was dem Richter schlechthin untersagt ist. So bleibt in der Regel nichts unbenützt und im Verborgenen, was irgend zweckdienlich seyn kann. Dem Advokaten bietet sich der ganze Katalog von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln zur freien Auswahl dar; er kann, ja er soll die zweckmäßigsten, dem von ihm vertretenen Theil zur Annahme empfehlen, wiewohl er ordentlicher Weise nicht einmal an die Zustimmung der Partei sich zu binden braucht, so wenig als der Arzt an die Einwilligung des Patienten in das zu verordnende Heilmittel. Der Richter dagegen, der nicht den Rathgeber der Streitenden machen kann, muß es dem Zufall überlassen, ob und wiefern die rechtsunerfahrne Partei nach dem Mittel greifen wird, welches er ihr auf dem langen Umwege der Belehrung, noch dazu mit großer Behutsamkeit, nahe zu legen versucht hat.

Der Verfasser will nicht sagen, wie oft er selbst schon in dieser peinlichen Lage war, wo der instruirende Richter dem Leiter eines Blinden gleicht, der diesen nur auf die Gefahren des betretenen schmalen Pfades aufmerksam machen, ihm aber nicht die Hand reichen darf. — Hier kann also von einer Selbstständigkeit des Verfahrens, wenigstens zum Zwecke des materiellen Rechts mit Zuverlässigkeit nicht die Rede seyn, und die Partei muß es für eine Gunst des Zufalls annehmen, wenn nach Gelegenheit die vielleicht entscheidende Einrede der Verjährung, des Vellejanischen Rathschlusses, einer Formverletzung u. s. w. nicht außer Gebrauch geblieben, da sie außer dem Richter keinen Vertreter hatte.

Wenn sich aus allem, was bisher gesagt worden, die Vorzüglichkeit des Verfahrens in Schriftsätzen vor dem zu Protokoll, sowie zugleich die Unzulänglichkeit des richterlichen Beistandes für eine nicht selbst des Rechtsganges kundige Partei ergibt, so kann man über die Frage von der Unent-

behrlichkeit der Advokaten nicht lange sich bedenken. Schwerlich wird man sich daher, im Vertrauen auf die suppletorische Thätigkeit des Richters, der sanguinischen Hoffnung Gönners [2]) überlassen: „es werde durch das Mittel des Richters den nicht rechtskundigen Parteien möglich gemacht werden, ihre Sache selbst, ohne die theure Vormundschaft eines Advokaten, vor Gericht zu vertreten". Im Gegentheil liegt besonders für das Volk in den untern Ständen in einer solchen Entwöhnung von der ordentlichen Rechtshülfe eine Versuchung, sich einer Vormundschaft gefährlicherer Art hinzugeben, nämlich der von unberufenen Rathgebern und Winkelagenten, da nirgends Quacksalber ihre Rechnung besser finden, als wo die Kranken mit Vorurtheilen gegen die Aerzte eingenommen sind. Glücklicherweise lehrt die Erfahrung, daß es eben nicht so gar leicht ist, die Parteien an die Vorstellung, daß die richterliche Assistenz die der Rechtsanwälte anders als unvollkommen vertrete, zu gewöhnen. Wollte es doch selbst Friedrich des Großen Macht und Willenskraft nicht gelingen, die Zuziehung von Advokaten ganz entbehrlich zu machen. Die Idee, Richterpersonen unter dem Namen Assistenzräthe den Advokaten zu substituiren, und letztere dagegen mit Stumpf und Stiel auszurotten, erschien kaum in der Wirklichkeit, als sie schon wieder daraus verschwand. Diese Assistenzräthe sollten statt der Advokaten die Rechtsfreunde der Parteien in ihren Prozessen seyn. So wollte es die bekannte Cabinets-Ordre vom 24. April 1786. und der Vorbericht zur neuen Prozeßordnung nach deren erster Ausgabe, die im Jahr 1781. als Erstes Buch des Corp. Juris Frideric. erschien. Sie sollten in der Eigenschaft eines wirklichen richterlichen Amts „keineswegs Söldner und bloße Sachwalter der Parteien, sondern Beistände und Gehülfen des Richters seyn, deren Pflicht es wesentlich mit sich bringe, das Gericht in seinen Bemühungen

2) Im Commentar zum baierischen Gesetz vom 22. Julius 1819. S. 3.

zur Ausmittelung der Wahrheit zu unterstützen". Allein diese Stellung erschien bezüglich auf das parteiliche Interesse bald viel zu unnatürlich, als daß das neue Institut auf Dauer hätte Anspruch machen können. Bald nach seinem Erscheinen im Leben ging es daher wieder unter, und statt jener aufgedrungenen Rechtsfreunde traten die alten Advokaten unter dem Namen Justizcommissarien, als welchen anfangs nur die Praxis in Extrajudicial-Angelegenheiten und das Notariat bestimmt war, wieder in ihre Rechte.

Auch bei uns gewährt die Erfahrung, rücksichtlich der Entbehrlichkeit der Advokaten, gleiche Resultate. In der zweiten und folgenden Instanz macht ohnehin die Zuziehung derselben die Regel. Aber auch bei dem Gericht erster Instanz ist es nichts ungewöhnliches, daß, wenn sich auch die streitenden Theile anfänglich dem Richter allein in die Arme geworfen haben, und dieser bloß mit ihnen ohne Zuziehung von Rechtsanwälten das Geschäft des Sammelns und der Darlegung der Streitbehelfe besorgt hat, jene doch, ehe es zur eigentlichen Entscheidung kommt, die Unzulänglichkeit dieses richterlichen Beistandes anerkennen. Wenn aber auch nicht eher, so zeigt sich doch das Bedürfniß der Vertretung durch einen Anwalt, sobald es zur Beweisinstanz kommt. Denn die Antretung des Beweises hat nicht selten viel zu viel Schwierigkeiten, sie ist viel zu sehr durch eine eigenthümliche Application bedingt, als daß der mit Geschäften überladene oder bedenkliche Richter nicht Anstand nehme, der beweis- oder gegenbeweisführenden Partei ferner Beistand zu leisten. Auch bieten vorzugsweise in diesem Stadium der unbefangenen und gleich durchgehenden Wahrnehmung der parteilichen Interessen sich so viele häkelige Seiten dar, daß der unparteiliche Richter hier oft eine noch schwierigere Aufgabe vor sich hat, als in dem ersten Verfahren. Man denke z. B. nur an den Beweis der Eigenthumsklage, der durch Zeugen geführt werden soll, und wobei deren Aussage auf die Umstände der Erwerbung gerichtet seyn muß, indem bekanntlich eine allge-

meine Bekundung: der Kläger sey wirklich Eigenthümer des Grundstücks, als urtheilend, nicht eine sinnliche Wahrnehmung darstellend, ohne Relevanz wäre. Hier ist die Formation von Artikeln nothwendig, die vielleicht auf einer Masse thatsächlicher, den entfernten Klaggrund oder die specielle Erwerbsart begründen sollender, Umstände beruhen, welche häufig nicht ohne suggestive Fragen und berathende Andeutungen aus dem Beweisführer herausgesponnen werden dürften. Man denke ferner an die Schwierigkeiten der Materialiensammlung für einen künstlichen Beweis, der vielleicht auf der Wahrheit von Thatsachen beruht, die bis jetzt noch gar nicht zur Sprache gekommen, daher auch nicht contestirt, und darum selbst als beweisbedürftig hinzustellen sind, weil erst das Nachdenken über den vorliegenden Beweissatz auf den Gedanken ihrer Brauchbarkeit als Prämissen des zu construirenden Beweises geführt hat. Hätte ein verständiger Sachwalter der mit dem Beweis beladenen Partei schon im ersten Verfahren gedient, so würden die als Beweisbehelfe nun zu verwendenden Facta wahrscheinlich dort schon zur Sprache gekommen seyn. Allein die Partei, als der Rechte unkundig, unterließ, davon Gebrauch zu machen, und so blieben selbige außer dem durch die Acten begrenzten Gebiete der möglichen Erkenntniß liegen. Dieses alles erwägend wird der Richter, und das ist ihm somit auch nicht übel zu nehmen, der beweisführenden Partei rathen, sich nunmehr der Hülfe eines Advokaten zu bedienen, und diese, die nachgerade zur Einsicht kommt, was sie bis jetzt kaum geahnet hat, daß eigentlich der Prozeß nun erst recht eigentlich anfängt, den sie vielleicht bisher bloß für einen einfachen sogenannten Klag- oder Verhörhandel gehalten hat, trägt auch kein Bedenken, den Rath zu befolgen. Beweis und Gegenbeweis wird nun in Schriftsätzen angetreten, und nach der alten Form der Abfassung von Artikeln und Fragstücken, sowie hiernächst der Impugnations- und Salvationsschriften mit einer Weitläufigkeit behandelt, daß der Prozeß in der Beweis-Instanz oftmals

das Zehnfache des Raums einnimmt, in dem das erste Verfahren eingeschlossen ist, welches vielleicht nur drei bis vier Bogen stark ist. Es scheint hier beinahe, als wenn die Rechtsanwälte sich für ihre anfängliche Zurücksetzung nun entschädigen wollten. Der Verfasser könnte dieses, wenn es verlangt würde, mit einer großen Menge von Acten belegen. Also ist mit der ersten Abkürzung des Prozesses unter der Leitung des Richters allein eigentlich doch nichts gewonnen, und das Ergebniß des Versuchs, durch die richterliche Verwendung die Hülfe der Advokaten entbehrlich zu machen, erscheint wenigstens in den Fällen der bemerkten Art als eine unreife Frucht. Das erste Verfahren, welches doch eigentlich den Haupttheil des Prozesses ausmachen sollte, ist ungebührlich abgekürzt, und das schriftliche im Beweisprozeß wuchert nun auf einem sterilen Boden mit allen seinen Auswüchsen, deren Unterdrückung man beabsichtet hatte. Vielleicht wäre, wenn man es mit dem ersten Verfahren genauer und gründlicher genommen hätte, manches an Abkürzung im Beweisprozesse gewonnen worden. Der bezielte Gewinn an Zeit und Kosten ist also verloren und das materielle Recht wohl gar obendrein gefährdet. Denn wer möchte dafür gut stehen, daß unter der Leitung eines vielbeschäftigten, wenn auch sonst tüchtigen und mit dem besten Willen an das Werk der Prozeß-Instruction sich machenden Richters das Ganze des Klagrechts und dann wieder der Vertheidigung dagegen, so vollständig aufgefaßt und verarbeitet werde, daß nichts wesentlich zur Sache Gehöriges außer Acht gelassen, oder schief hingestellt erscheint. Es läßt sich auch mit Billigkeit etwas Besseres in der Lage des Instruenten kaum erwarten, der von so sehr sich kreuzenden Rücksichten hin und her bewegt wird, indem bald die Mittel des Angriffs, bald die Mittel der Vertheidigung, bald — in seiner eigentlich richterlichen Function — die richtige Mitte seine Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen. Der Advokat, der sich frei in der ihm natürlichen Sphäre bewegt, daher nur das Beste seiner Partei

allein vor Augen hat, kann schon darum etwas Vollendeteres liefern. Er wird dieses freilich zunächst nur eben im Interesse seiner Partei, aber seine Thätigkeit kann sich, sey es auch unwillkührlich, im Interesse der Wahrheit überhaupt fruchtbar beweisen. Es ist dieß eine natürliche Wirkung der durch sachwalterliche Bemühung, sey es auch nur von einer Seite her, gehörig erfolgten Anregung des Streitstoffes. Durch die vollständigern Allegationen der factischen Umstände des Streits und der rechtlichen Behelfe von der einen Seite wird nämlich der andere Theil angezogen, gleichen Schritt zu halten; es werden Erklärungen des Gegners, es sey in der Form factischer Modificationen, oder überhaupt bis jetzt noch nicht angeregter neuer Thatsachen provocirt, die zur Aufhellung der Sache diensam sind, und außerdem vielleicht gänzlich verborgen geblieben seyn würden. Dieß glückt besonders gerade dann, wenn die auf jene Allegationen sich erklärende Partei keinen Sachwalter hat, daher unter Leitung des Richters zu Protokoll handeln muß. Uneingeweiht in die Kunst, in schlauer Zurückhaltung ihr Heil zu suchen, will sie vielmehr reden und alles zu ihrer vermeinten Vertheidigung auskramen, was nach ihrer Vorstellung ihrer Sache diensam ist. So überlegt sie denn nicht lange, versteht es auch nicht, ob ihr nicht eine bloß negative Einlassung für den Vertheidigungszweck nützlicher seyn möchte, als eine Einrede mit Anführung neuer Thatsachen. Sie kann damit allerdings auch Resultate herbeiführen, die ihr vortheilhaft sind, aber gewiß ist, daß damit zugleich die Ermittelung der Wahrheit gefördert wird. Durch dieses Aneinanderreiben entwickeln sich aus Exceptionen Repliken, aus diesen Dupliken, und es häuft sich die Masse des gegenseitig Vorgebrachten, wodurch zwar das Geschäft der Scheidung des Wesentlichen vom Unwesentlichen schwieriger, aber auch, — wenn es nur Facta, nicht bloße Worte sind, — die Ausbeute für den Zweck der Einsicht in das Ganze des gegenseitigen Streitverhältnisses gewinnreicher wird. Der Instruent hat hiebei

weiter nichts zu thun, als daß er über die auf die Bahn gebrachten Thatsachen die rechtsunberathene Partei bloß fragt, ohne daß er nöthig hätte, mit Zweifeln und Bedenken sich in eine inquisitorische Rolle zu versetzen, oder mit divinirten Thatsachen in die Luft zu bauen.

Wenn man es bei sich zu der Ueberzeugung gebracht hat, daß es eine wesentliche Verbesserung des gemeinen deutschen Prozesses seyn würde,

> wenn in den zum ordentlichen Prozeß geeigneten Sachen, statt des protokollarischen, oder unächt mündlichen, das Verfahren in gewechselten Schriftsätzen eingeführt würde,

so lasse man sich nur vor allem nicht durch die Vorstellung darin wankend machen, es werde dadurch den Parteien ein unbilliger Zwang angethan, man müsse ihnen vielmehr freilassen, das Eine oder das Andere zu wählen. Es war in der That eine mißverstandene Discretion, daß man bis jetzt der Willkühr der Parteien hier einen so weiten Spielraum gelassen und individuellen Vorurtheilen, besonders aber der Scheu vor den Kosten ein zu großes Gewicht beigelegt hat, worüber das ungleich Wichtigere, nicht nur das Schicksal der Sache, — doch dieses hinge noch von den Parteien ab, — sondern sogar die Rücksichten für das Institut der Rechtspflege selbst auf die Seite gesetzt wurden. Es handelt sich hier um eine, das allgemeine Wohl, nicht bloß das Interesse der Streitenden berührende Staatsanstalt und um deren Erhaltung in ihrer Reinheit. Wird schon ein Conventional-Prozeß, ein Uebereinkommen über Normen des Verfahrens nach dem Gutbefinden der Parteien nicht zugelassen, so sollte noch weniger eine Willkühr derselben für statthaft erkannt werden bezüglich auf eine Prozeßform, die dem innersten Wesen der Justizverwaltung Gefahr droht, indem sie das Richteramt in eine, seiner eigentlichen Bestimmung nicht zusagende, ja dieser feindselig sich opponirende Stellung ver-

setzt, sogar nach einseitiger Wahl des einen Theils ohne Zustimmung des andern. Zwar ist, wenn der eine Theil keinen Rechtsbeistand sich wählt, der andere nicht gezwungen, ein Gleiches zu thun. Aber könnte nicht schon das besondere Vertrauen, das der Eine dem Richter schenkt, dem Andern ein Grund zur Bedenklichkeit und zum Mißtrauen werden? Wenn jener aufrichtig seyn will, wird er gestehen müssen, daß sein Vertrauen doch hauptsächlich von der Vorstellung ausgeht, der Richter werde sein Bestes wahrnehmen; daß er mit gleich durchgehender Beflissenheit den Andern gerade eben so behandeln solle, wie ihn, das ist doch wohl seine Meinung nicht. Uebrigens wird sich die Abneigung vor der Hülfe der Advokaten im Volke von selbst verlieren, wo sie etwa noch besteht, wenn einmal das Institut der Rechtsanwaltschaft verbessert erscheint. Vielleicht, daß auch die vermehrte Gelegenheit zu redlichem Erwerb dazu beiträgt, manche Mißbräuche zu entfernen, welche die Hülfe der Sachwalter vertheuern, und bei Vielen nicht sowohl in Gewinnsucht, als in dem natürlichen Trieb der durch Mangel an Verdienst gefährdeten Selbsterhaltung ihren Grund haben. Die Prozeßsucht ist übrigens keineswegs in der Gelegenheit, die Hülfe eines Sachwalters zu finden, oder doch nicht darin allein zu suchen; sie hat ihren Grund häufig anderwärts, oft gerade in dem Mangel an Gelegenheit, ordentliche Rechtshülfe zu finden, die, wie schon bemerkt worden, so leicht von jenen gefährlichen Menschen zu ihrem Vortheil benützt wird, die ihr Wesen bald unter dem Namen von Beiständen, bald ganz im Verborgenen treiben. Will man also nicht fortwährend die Hülfe eines Rechtsanwalts für bedenklicher halten, als die Gefahr aus Mangel rechtlichen Beistandes vielleicht mit dem besten Recht im Streite zu unterliegen, die Arznei also für das größere, die Krankheit aber für das kleinere Uebel ansehen, will man endlich der Vorstellung Raum geben, daß die Rolle eines Rechtsvertreters unter allen möglicherweise dazu zu verwendenden Subjecten am wenigsten für den Richter

paßt, und daß es vollends widersinnig ist, dem letztern eine Patrocinanz pro und contra zu übertragen, besonders in verwickelten und solchen Rechtssachen, die einer peremtorischen Regulirung entgegengehen; so wird man über die hier bezielte Verbesserung unseres Rechtsverfahrens wenigstens keine überwiegende Bedenklichkeiten geltend zu machen vermögen. Man wird dieß um so weniger, da diese Reform das Bestehende nicht ganz umstürzt, und unbeschadet des Gewohnten leicht zu realisiren ist, wenn man nur ernstlich will. — Alles, was man gegen die Wiedereinsetzung des Verfahrens in Schriftsätzen in seine wohlerworbenen Rechte vorbringen kann, geht von Mißbräuchen der Advokatenpraxis aus, die kein nothwendiges und unverbesserliches Uebel sind. Gegen sie zu sichern, gibt es Mittel; sie dürfen nur von der Gesetzgebung vorgeschrieben und, was freilich die Hauptsache ist, von den Gerichten ernstlich gehandhabt werden. Aber keine Mittel gibt es, zu bewirken, daß alle Richter mehr leisten, als von Menschen überhaupt ordentlicher Weise erwartet werden kann. Wenn der hartherzige Gläubiger mit der bedrängten Wittwe vor Gericht rechtet, so wird sich der Advokat des erstern ebenso, wie der der letztern, seiner Partei nach Kräften annehmen. Aber wie wird es der Richter über sich vermögen, mit gleichem Eifer beiden Theilen als Vertreter sich zu widmen, wenn es nicht mit dem menschlichen Gefühl bei ihm auf dem Gefrierpunkte steht, was doch auch selbst bei einem Richter nicht zu den Vorzügen gehört. Es muß hiebei nochmals erinnert werden, daß der fraglichen kritischen Anforderung der preußische Instructionsrichter doch noch eher genügen könnte, als der gemeinrechtliche. Jenes Aufgabe ist es, das Factum zu eruiren, ohne Rücksicht auf den Erfolg für die Partei, die er gerade jetzt vor sich hat. Dagegen soll der gemeinrechtliche Instruent sein mildrichterliches Amt deducirend, jetzt für den Kläger und dann wieder für den Beklagten, geltend machen, die Sache des Einen wie des Andern vertreten, weil diese selbst es nicht ver-

mögen. Die Aufgabe hat wohl noch kein irdischer Richter vollständig zu lösen vermocht, und wäre auch von Zehen Einer dem Ziele nahe gekommen, wie stund es mit den neun Uebrigen?

Soll indessen das Verfahren in Schriftsätzen den Vorzug vor dem protokollarisch gepflogenen wirklich verdienen, so muß auch gewissen mit ersterem verbundenen Nachtheilen auf zweckmäßige Weise abgeholfen werden. Hier gilt es nun

1) vor allem, der ungebührlichen Nachsicht der Gerichte bei Fristverlängerungs- und Terminsverlegungs-Gesuchen einen Damm entgegenzusetzen. Die Gerichte müssen daher dafür besonders verantwortlich gemacht werden. Denn darüber, ob Gründe zu einer solchen Prorogation eintreten, also ein von Seiten des zu handeln Verpflichteten unverschuldetes Hinderniß wirklich anzunehmen sey, oder nicht, läßt sich im Allgemeinen nicht gut eine Regel geben, sondern nur der Richter kann im gegebenen Falle das Daseyn eines solchen Hindernisses beurtheilen, und ist ein solches vorhanden, so fordert die Billigkeit, das rechtliche Gehör nicht durch unzeitigen Beschleunigungseifer zu verkümmern. Wird der Richter für eine unziemliche Nachsicht verantwortlich gemacht, so werden sich ihm die zu erwägenden Umstände von selbst näher an das Herz legen. Er wird daher, da bei der Beobachrung einer Frist, der Natur der Sache nach, nicht so leicht Hindernisse eintreten, wie bei einem anberaumten Termin, mit einem Fristverlängerungsgesuch an sich schon es strenger nehmen, als mit dem Verlangen um Verlegung eines Termins. Er wird erwägen, daß es sich mit einer Frist schon darum anders verhält, als mit einem Termin, weil bei einer hier eintretenden Abhaltungsursache die Tagesfahrt nicht nur um einige Tage weiter hinaus, ja nach Umständen sogar zurückverlegt und näher angesetzt werden kann, während eine Fristverlängerung immer einen längern Zeittheil in Anspruch nimmt. Auch spricht dafür, daß man es mit Fristprolongationen streng nehmen dürfe, schon der Umstand, daß

selbst die sehr beschäftigten Rechtsanwälte eine Frist einzuhalten wissen, bei der sie auf keine Verlängerung rechnen dürfen, weil das Gesetz sie für unerstrecklich erklärt. Wenn übrigens dem bequemen Richter ein Fristverwilligungsdecret nicht weniger Mühe macht, als ein Abschlagungsdecret, sobald er nur jenes wie dieses mit standhaften Gründen unterstützen muß, so wird der Unfug mit Prolongationsgesuchen von selbst sich vermindern und der Anwalt es nicht wohl wagen dürfen, nach Ablauf der dreißigtägigen Frist ad replicandum etc. unter dem höchst nothdürftig bescheinigten Vorgeben von Hindernissen eine neue Frist, und nach deren Ablauf vielleicht noch eine zu suchen, bis es ihm endlich bequem wird, die Feder ernstlich anzusetzen, oder der schläfrige Richter endlich doch zu sich kommt, und mit einem „pro ultimato" wenigstens einen Schreckschuß thut. — Uebrigens vergesse man aber auch nicht, daß Prolongationsgesuche nicht selten in einer unverhältnißmäßig kurzen Zeitbestimmung ihren Grund haben. Wo daher die Natur der Sache nicht besonders Bescheinigung fordert, müssen die Gerichte ausreichende Fristen und geräumige Termine ansetzen, und so besonders dem Sachwalter jeden Vorwand einer zu eng oder zu nahe bestimmten Zeit zu handeln benehmen.

2) Eine andere Ursache der Verzögerlichkeit des Verfahrens in Schriftsätzen liegt in der Vorstellung, daß der Beklagte allemal das letzte Wort haben, daher das Verfahren immer mit der Duplik sich schließen müsse. Darüber vergißt man den eigentlichen Zweck der Replik und Duplik, und so geschieht, was nach dem römischen Recht nur als bisweilen eintretend angenommen wird (Tit. Instit. de replicat.), daß nämlich der Exception eine Replik, dieser eine Duplik folgt — nach der Praxis, der sich selbst viele unserer Landesprozeßordnungen, wenigstens die ältern, accommodirt haben, alle Tage und in iedem Rechtsstreit. Zwar wird der Replik-, so wie der Duplik-Satz auch da, wo sie über ihre eigentliche Bestimmung zur Anwendung kommen, besonders

im schriftlichen Verfahren, auch zur Rechtsausführung verwendet. Aber

3) eben darin, daß in unsern Schriftsätzen zu wenig mit der factischen Entwickelung und zu viel mit der Rechtsausführung sich beschäftigt wird, liegt eine Hauptursache des Odiums gegen diese Verfahrungsart. Diesem kann aber abgeholfen werden, wenn man einmal zur Ueberzeugung kommt, daß die Gerichte von selbst das Recht kennen müssen, und daß es genügt, wenn die Sachwalter sie nur auf die ihrer Meinung nach zu berücksichtigenden Rechtssätze hinweisen, wozu es keiner Firirung durch das Mittel der Schrift bedarf. Für die Deduction genügt also der mündliche Vortrag vollkommen. Da, wo die Deduction zugleich die nähere Entwickelung factischer Umstände oder die Erklärung zweifelhafter Willensäußerungen sich zur Aufgabe macht, müssen die factischen Umstände, worauf sich die Reflexion stützt, gleichwie alle Thatsachen immer schon durch die Schrift festgehalten seyn.

4) Eine Hauptsorge des Richters muß es seyn, alle schriftliche Eingaben vor der Mittheilung genau zu prüfen. Besonders müssen alle vom Gegentheil gemachte thatsächliche Behauptungen in der zur Vernehmlassung darauf bestimmten Gegenschrift gehörig beantwortet erscheinen. Dem heillosen allgemeinen Widerspruch muß alle Wirkung entzogen werden [3]). Diese vollständige Einlassung gilt hauptsächlich von der ersten Antwort auf die Klage, aber auch von den folgenden Sätzen. Nichts wird von den Sachwaltern häufiger vernachlässigt, als diese Forderung, wie streng auch die Gesetze darüber gehalten wissen wollen. Die Folge hievon ist aber auch in vielen Prozessen nur zu sichtbar, und sie

---

3) Diese der Chicane so willkommene Hinterthüre hat unbegreiflicher Weise der baier. Judiciar-Codex cap. IX. §, 3. offen gelassen, mit der Bestimmung: „was weder specialiter, noch generaliter widersprochen wird, braucht auch keinen Beweis.“

zeigt sich besonders oft bei der Beweis- und Gegenbeweis-Antretung, wo man die thatsächlichen Momente sorgfältiger sichtet. Hier erscheinen denn häufig Thatsachen als widersprochen, und werden zum Beweis ausgesetzt, die der Gegentheil zugestanden haben würde, wenn man über die Fundamentalregel der vollständigen speciellen Einlassung gebührend gehalten, oder doch die etwaigen Lücken durch Anwendung des richterlichen Fragerechts recht zeitig auszufüllen Bedacht genommen hätte.

Da es nach dem bisher Angeführten so schwer nicht hält, das Verfahren in Schriftsätzen von seinen Mängeln zu reinigen, und da auch die mehrere Kostspieligkeit desselben durch Gewinn einer gründlichen Rechtspflege, aber auch abgesehen hievon schon durch die Vorbeugung mancher Weiterungen, Folgen einer ungründlichen Behandlung im ersten Stadium des Rechtswegs, reichlich compensirt wird, so wird über die Vorzüglichkeit dieser Art des Verfahrens kein erheblicher Zweifel Platz greifen.

Es gibt indessen keine Regel ohne Ausnahme, und so möchte ich denn auch das protokollarische Verfahren, selbst außer den Fällen, wo eigentlich der summarische Prozeß eintritt, nicht durchaus verbannt wissen. Ich denke hier nicht an einen Fall, wo dieses Verfahren ein Gebot der Nothwendigkeit wäre, nämlich den Fall, wo die Hülfe von Advokaten nicht ohne Schwierigkeit zu erlangen seyn möchte, eine Verlegenheit, die eben doch hie und da bei Untergerichten, von deren Praxis zunächst die Rede ist, eintreten könnte; hier sollen nur Gründe aus der Sache selbst in Erwägung gezogen werden. Es kommen nämlich auch unter den im übrigen zu dem ordentlichen Prozesse geeigneten Streitsachen manche vor, welche so wenig verwickelte thatsächliche Verhältnisse darbieten; daß ein Schriftenwechsel ohne Noth nur zur Verzögerung der Entscheidung beitragen würde. Wer wollte nicht bei einer einfachen Vindication, bei einer simpeln Darlehensklage, die sich eben doch nicht zum Executivprozeß eignet, bei Klagen

über Injurien, ferner aus unehelicher Schwängerung, in manchen Servitutstreitigkeiten u. dgl., so wie in den vielen Klaghändeln, wo weniger das Recht des Klägers bestritten, als nur die Erfüllung der daraus für den Beklagten entstehenden Pflicht verweigert wird, — wer wollte nicht in Fällen dieser Art dem Verfahren im Schriftwechsel das einfache protokollarische vorziehen? Gewisse Streitigkeiten sind ohnehin von der Art, daß mit der Behandlung in Satzschriften allein nichts ausgerichtet wird, wie bei Grenzirrungen. Die Frage ist bloß: da die mehrere Zweckmäßigkeit eines einfachen Verfahrens sich nur im gegebenen Falle von dem Richter ermessen läßt, wie soll dieser beurtheilen, ob der Proceß in die Kategorie der einfachen sich eignet, ehe er die Sache aus der wechselseitigen parteilichen Darstellung näher kennen zu lernen Gelegenheit gehabt? Der Klage kann er dieß nicht ansehen, und ist die Sache einmal so weit gediehen, daß die Beantwortung vorliegt, oder wohl gar — und dieß könnte nach Beschaffenheit des exceptivischen Vorbringens zur gehörigen Einsicht von der Einfachheit oder Verwickelung des Streits nothwendig werden, — die Replik, so ist es zu spät, erst noch an eine andere Form des Verfahrens zu denken.

Ob der hernach gemachte Vorschlag (ad II — V.) zur Beseitigung der Verlegenheit dienen mag: eine Art von mündlicher Vorverhandlung, womit auch zugleich der doch in jeder Sache von dem Richter zu machende Vergleichsversuch schicklich verbunden werden könnte, — mögen Sachkenner beurtheilen. Nur in Ansehung des Vergleichsversuchs, und wiefern dieser hier schon an der Zeit ist, ist noch Einiges zu bemerken. Sonst wird nämlich der Vergleich in der Regel erst nach beendigtem ersten und vor dem Beweisverfahren versucht, also nicht schon bei dem Anfange des Processes. Dieß geschieht aber darum, weil alsdann erst der Richter von dem Stande der Sache soweit unterrichtet ist, daß er angemessene Vergleichsvorschläge machen kann, die

Sache aber doch noch nicht so weit vorgerückt ist, daß mit einem Vergleich bloß dem Richter die Arbeit eines Urtheils erspart wäre. Wenn nun aber dem Richter hier die zum zweckmäßigen Sühneversuch nöthige Kenntniß von dem Inhalt der Streitsache schon durch die präliminäre mündliche Erörterung verschafft wird, so kann dieser Zeitpunkt nicht anders als zweckmäßig gewählt erscheinen. Uebrigens verspricht, auch abgesehen davon, daß die Wiederholung des Sühneversuchs ja nirgends verboten ist, ein vor dem Beginnen des Rechtsstreits von dem Richter selbst angestellter Vermittelungsversuch ungleich mehr, als der, welchen unsere gemeindlichen Vermittelungsämter, Zeuge der Erfahrung wenigstens ist Baiern, vor Betretung des Klagwegs anzustellen haben. Wenn endlich für diese Verhandlung den Parteien von den Gerichten keine Gebühren angerechnet werden, und der Termin nach Gelegenheit zum Beginnen der Streitverhandlung selbst benützt wird, so ist auch an Kosten und Zeit nichts verloren. Man wird auch nicht besorgen dürfen, daß die Gerichte zu rasch statt des satzschriftlichen das protokollarische Verfahren beschließen werden, welches ihnen mehr Mühe und Zeit kostet, als jenes, — zumal wo sie nicht auf Sporteln gesetzt sind. Auch kommt es hiebei ja doch immer darauf an, daß die streitenden Theile mit dem kürzern Verfahren selbst einverstanden sind. Der Beklagte wird es freilich in der Regel nicht beantragen, aber er wird doch vor dessen Einleitung darüber gehört, und nur wenn er entweder stillschweigend zu selbigem sich versteht, oder grundlos widerspricht, wird dasselbe für zulässig angenommen. Endlich bietet sich hiebei noch von selbst die Bemerkung dar, daß in den minder wichtigen und minder verwickelten Sachen, wo es also weniger auf kunstmäßige Darstellung, als nur auf eine vollständige Auffassung des Factums ankommt, auch die vertretende Verwendung des Richters für eine rechtsunberathene Partei, die sich keinen Advokaten annehmen will, weniger bedenklich ist. Und so fällt denn jeder Zwang zur

Annahme einer sachwalterlichen Hülfe weg, ohne daß diese ausgeschlossen wäre.

Dieß vorausgeschickt unterstelle ich nun folgende Vorschläge der Prüfung Sachverständiger, — sehr zufrieden, wenn sie sonst nichts daran auszusetzen finden sollten, als daß selbige wider Mißbräuche keine Bürgschaft geben, so wenig als wider eine entgegengesetzte Praxis, die freilich unter den Händen träger oder ungeschickter Richter leicht gedeiht. Denn wegen dieses Mangels hätte ich zur Vertheidigung der Zweckmäßigkeit und Ausführbarkeit meiner Vorschläge nichts weiter anzuführen, überhaupt nichts zu sagen, als daß man es lieber ganz aufgeben möge, den bösen Neigungen und der Trägheit der Menschen durch Gesetze entgegenwirken zu wollen.

I. Im ordentlichen Prozeß macht auch bei Untergerichten, diese mögen Collegialgerichte oder Einzelrichter seyn, das Verfahren in eingereichten Schriftsätzen die Regel aus. Ein Verfahren zum Protokoll ist nur im summarischen Prozeß, im ordentlichen dagegen bloß ausnahmsweise zulässig, wenn entweder beide Theile darauf antragen, oder auch nur einer derselben, das Gericht jedoch selbiges den Umständen angemessen erkennt. Um hier für das gerichtliche Ermessen einen sichern Anhalt zu erlangen, ist Folgendes zu beobachten.

II. Wenn in der schriftlich eingereichten oder mündlich angemeldeten Klage der Kläger das kürzere Verfahren beantragt, so hat das Gericht einen nahen Termin zur vorläufig mündlichen Erörterung der Streitverhältnisse, der zugleich zum Vergleichsversuche zu benützen ist, anzuberaumen, und beide Theile, — den Beklagten unter vorläufiger Mittheilung des Duplikats der Klagschrift, oder einer Abschrift des über die mündliche Klaganmeldung abgehaltenen kurzen Protokolls, — zum Erscheinen in Person oder durch Bevollmächtigte vorzuladen.

Diese Vorladung und die ganze Präliminarverhandlung wird von Seiten des Gerichts als Officialsache, mithin taxfrei behandelt.

III. Erkärt der Beklagte vor oder in dem Termin, daß er in die Verhandlung zum Protokoll willige, oder erscheint er nicht, es wird also der in der Ladung ihm ausdrücklich bekannt zu machenden Folge, seiner Richterklärung gemäß, seine Zustimmung angenommen, so wird die Sache ohne weiters auf das beantragte Verfahren eingeleitet. Erscheint er zwar, widerspricht aber dem deßfallsigen Antrage des Klägers, so läßt sich nunmehr der Abgeordnete des Collegialgerichts, oder der Einzelrichter, die streitige Rechtssache mündlich vortragen, und sucht sich dieselbe soweit wenigstens klar zu machen, als für den vorgesetzten Zweck erforderlich ist. Findet er die Sache so beschaffen, daß eine einfache factische Erörterung wahrscheinlich zum Zwecke führen werde, und ist in der Streitsache selbst ein Vergleich nicht zu erzielen gewesen, so beschließt er, — als Gerichtsabgeordneter kraft Ermächtigung des Collegiums, — das Verfahren zum Protokoll, wobei es denn das Bewenden hat. Außerdem wird auf Vortrag des Abgeordneten an das Gericht, von dem Einzelrichter aber unmittelbar, das schriftliche Verfahren eingeleitet und dem Beklagten zur Einlassung und Antwort Ordnungsfrist präfigirt.

Der Befund der Erörterung und der gefaßte Beschluß wird nur ganz summarisch zum Protokoll vermerkt.

IV. Ist das protokollarische Verfahren beschlossen, so wird dasselbe damit eröffnet, daß die noch nicht aufgenommene Klage sofort zum Protokoll aufgenommen wird. Ist der Beklagte oder sein Vertreter gegenwärtig, und gestattet es deren Vorbereitung und überhaupt die Zeit, so erfolgt nun auch sogleich die Beantwortung, so wie die weitere Verhandlung der Sache, oder es wird eine neue Tagesfahrt hiezu beschlossen und den Erschienenen bekannt gemacht, dem etwa

ausgebliebenen Beklagten aber unter Mittheilung einer Abschrift des Protokolls eröffnet.

V. Sollte der Beklagte den Antrag auf das protokollarische Verfahren machen wollen, so muß dieß alsbald nach behändigter Klage geschehen, und es wird sodann mit Anberaumung eines Termins zur Präliminar-Erörterung rc. eben so verfahren, als wenn der Antrag von dem Kläger ausgegangen wäre. Es wird, wenn letzterer ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt, oder der Richter die beantragte Procedur beschlossen hat, sogleich zur Aufnahme der Klagbeantwortung u. s. w. geschritten.

VI. Bei dem protokollarischen Verfahren ist das förmliche Recessiren der Anwälte untersagt. Der instruirende Richter muß vielmehr ihr und der Parteien Vorbringen in deren Beiseyn selbst zum Protokoll dictiren, und es steht den Anwälten dabei nur das Recht einer Gegenaufsicht zu. Doch ist gestattet, die Klagbeantwortung in einem schriftlichen Recesse zu den Acten zu übergeben, und in dem mündlichen Vortrag kürzlich darauf Bezug zu nehmen. Dieß ist auch im Fortgange der Verhandlung gestattet, wenn dazu ohnedieß ein neuer Termin anberaumt werden muß. Doch kann außer der Taggebühr für dergleichen Recesse der Gegenpartei nichts aufgerechnet werden, wenn sie auch hiernächst in die Kosten verurtheilt wird.

Die schriftlichen Recesse, so wie alle übrige zur Mittheilung geeignete Eingaben, müssen mit ihren Beilagen in Doppelschrift oder überhaupt so vielmal eingereicht werden, daß außer dem bei den Gerichtsacten bleibenden Exemplar jedem Betheiligten davon Mittheilung gemacht werden kann.

VII. Alle einkommende Schriften sind nicht nur nach den allgemeinen Erfordernissen eines Schriftsatzes bezüglich auf äußere und innere Form vor der Mittheilung genau zu prüfen, sondern es ist vornehmlich auch das Augenmerk darauf zu richten, daß die Antworten und Gegenreden deutlich, un-

zweideutig und vollständig auf alle Punkte des zu beantwortenden factischen Vortrags der Gegenpartei gerichtet sind. Diese nothwendige specielle Einlassung gilt ganz besonders von der Klagbeantwortung. Ein bloß allgemeiner Widerspruch ist ohne rechtliche Wirkung. Mangelhafte Schriftsätze sind zur Verbesserung zurückzugeben, und der Verfasser ist nach Befinden mit einer Ordnungsstrafe zu belegen. Zeigt sich der Mangel in einem das Protokoll vertreten sollenden schriftlichen Receß, so kann derselbe nur durch Handlung zum Protokoll unschädlich gemacht und einer Zurückgabe zur Verbesserung nicht stattgegeben werden.

VIII. Das Gericht erklärt das Verfahren in gewechselten Schriften für geschlossen, wenn auf die gegenseitig vorgebrachten Thatumstände die Einlassung und Antwort vollständig erfolgt ist. Dieß kann schon bei der Beantwortung der Klage der Fall seyn, wenn keine dilatorische Einreden vorgeschützt werden, die Streiteinlassung schlechthin verneinend ausgefallen, das Klagfactum dabei nicht etwa anders vorgetragen worden ist, und der Beklagte neben der negativen Litiscontestation peremtorischer Einreden sich nicht bedient, die auf Thatsachen beruhen.

Gleiches gilt unter ähnlichen Voraussetzungen, soweit dergleichen überhaupt hier anwendbar sind, auch von der Replikhandlung. Außer diesen Fällen, sowie wenn das Verfahren zum Protokoll bloß mit rechtsunkundigen Parteien allein gepflogen worden [4]), schließt sich dasselbe mit der Duplik.

---

4) Da hier dem Richter ein ungleich größerer Einfluß auf das Product der Verhandlung eingeräumt ist, als bei dem Verfahren im Schriftwechsel, oder bei dem protokollarischen mit rechtskundigen oder durch Anwälte vertretenen Parteien, so dient das erweiterte Verfahren zu einiger Controle gegen die richterliche Willkühr. Denn wenn jeder Theil sich zweimal zum Protokoll vernehmen lassen darf und sein Vorbringen umständlich niedergeschrieben wird, so läßt sich,

IX. Wenn gleich die Berührung von Rechtsfragen in dem Schriftenwechsel und selbst bei dem protokollarischen Verfahren, besonders wenn dabei Rechtsvertreter concurriren, nicht ganz umgangen werden kann [5]), so gehören doch förmliche Rechtsausführungen nicht hieher, sondern für das Schlußverfahren (num. X. ff.). Sollten gleichwohl die Sachwalter, statt ihren pflichtmäßigen Fleiß vielmehr auf die Entwickelung

wohl annehmen, daß auch die rechtsunkundige Partei eine Unvollständigkeit in der Aufnahme des von ihr Vorgebrachten wahrnehmen kann und wird. Auf jeden Fall gewinnt der erkennende Richter in dieser und in den folgenden Instanzen damit ein reichhaltigeres Material. Auch kann manches in der Duplik nachgeholt werden, was bei der Antwort auf die Klage außer Acht geblieben ist. Darum darf es aber auch, wenn die Versicherung des genüglichen rechtlichen Gehörs gegeben worden, und die beklagte Partei ihre Rechtsunkunde nicht allzu schmerzlich empfinden soll, mit der Regel: daß alle Einreden sogleich bei der Streiteinlassung vorzubringen seyen, hier so genau nicht genommen werden; eine Regel, die in ihrer Anwendung gerade bei dem Verfahren zum Protokoll große Schwierigkeiten findet, besonders unter der alleinigen Leitung eines Instruenten, der, wie so mancher Unterrichter, in seiner Ueberladung mit Geschäften bei dem besten Willen oft die Zeit nicht finden kann, sich gehörig zu informiren. Hier kann man also Einreden, die sich vielleicht erst aus der nähern Vernehmung über die Replik (die ja doch auch zugleich Klagergänzung ist,) ergeben, daher erst in der Duplik geltend zu machen sind, nicht für präcludirt erachten; man muß sie vielmehr zulassen, wenn sie überhaupt nur vor dem Schlusse der Verhandlung vorgebracht sind. Es kann auch nichts schaden, wenn damit selbst eine Triplik und Quadruplik herbeigeführt werden sollte, da auch damit, bei dieser Art des Verfahrens, die Sache wenig an Verzögerung leidet, indem ja doch alles in einem, höchstens zwei Terminen ausgeht. Wo Advokaten assistiren, kann man es freilich strenger nehmen, und muß es auch.

5) Die Darstellung einer Streitsache kann nicht in der Anführung von Thatumständen allein bestehen, sie muß sich nothwendig in deren Verbindung mit Rechtswahrheiten äußern. Anders wäre sie einem Syllogismus, dem eine Prämisse — der terminus major — fehlt, ähnlich.

der factischen Umstände, wozu dieser Schriftenwechsel eigentlich bestimmt ist, zu verwenden, in rechtliche Erörterungen ausschweifen, so ist dieß bei der Prüfung und Festsetzung ihrer Deserviten-Rechnung nicht außer Acht zu lassen.

X. Nach dem Schlusse des Verfahrens in Schriften oder zum Protokoll kommt es, jedoch nur bei Collegialgerichten, zur mündlichen Rechtsausführung vor versammeltem Gericht, wenn nicht beide Theile dieser Befugniß sich begeben, in welchem Fall auf die bisherigen Verhandlungen ohne weiters das Erkenntniß erfolgt. Das Ausbleiben im Termine der Rechtsausführung gilt als Verzicht auf dieselbe.

XI. Vor dem zur mündlichen Verhandlung angesetzten Tage läßt das Gericht durch ein Mitglied des Collegiums, welches, wenn protokollarisch verhandelt worden, ein anderes seyn muß, als der Instruent [6]), eine kurze Uebersicht des Streitverhältnisses aus den gepflogenen Verhandlungen entwerfen, in welcher die unstreitigen und streitigen Thatsachen gehörig gesondert vorgetragen sind. Finden sich hiebei noch Punkte, an welchen die Einlassung mangelhaft erscheint, so ist diesem Mangel vor allen durch bestimmte Fragestellung abzuhelfen.

Die mündliche Verhandlung vor versammeltem Gericht beginnt mit der Vorlegung der Streitübersicht und der etwa nöthigen Berichtigung der mangelhaften Einlassung, worauf sodann zuerst der Anwalt des Klägers, dann der des Beklagten aufgefordert wird, in mündlicher Rede das Recht seiner Partei auszuführen. Diese Handlung dauert so lange fort, bis das Gericht erklärt, daß es hinlänglich unterrichtet sey.

XII. Bei der Rechtsausführung können zwar frühere Behauptungen aufgegeben, oder bisher geläugnete Thatsachen

6) Diese Bestimmung bezweckt ebenfalls eine Controle gegen den Instruenten.

zugestanden werden, im Uebrigen aber ist sich streng an das actenmäßig feststehende Thatverhältniß zu halten. Es ist dem Redenden nur gestattet, die rechtlichen Folgerungen daraus nach seiner Ueberzeugung darzustellen, und so, oder wenn es auf Erklärung zweifelhafter, mündlicher oder schriftlicher Willenserklärungen ankommt, der richterlichen Beurtheilung vorzuarbeiten. Verdrehungen des Factums und Ausbeugungen sind durch Zurechtweisung zu ahnden, und wenn diese nichts fruchtet, kann das Weiterreden gänzlich untersagt werden, vorbehaltlich der im Erkenntniß auszusprechenden weitern Ahndung gegen die Zuwiderhandelnden.

XIII. Ist der Prozeß mit rechtskundigen und ihre Sache ohne Zuziehung von Advokaten selbst zu führen befugten [7] Parteien, oder mit Anwälten verhandelt, so spricht die Partei oder der Anwalt. Ist aber die Partei der Rechte nicht kundig, auch von keinem Anwalte vertreten, so steht ihr jetzt noch frei, zur Rechtsausführung sich der Hülfe eines Advokaten zu bedienen, oder wenn sie dieß nicht will, selbst zu den Richtern zu reden, so gut sie kann, und soweit damit kein zweckloser Aufenthalt in der Handlung verursacht wird.

XIV. Ueber die mündliche Verhandlung vor versammeltem Gericht ist zwar ein Protokoll abzufassen, welches jedoch nur die äußere Form und den Gang des Verfahrens im allgemeinen, von dem Inhalt der Verhandlung selbst aber bloß die zulässigen Aenderungen in den Thatumständen oder was sonst das Gericht der Aufzeichnung bedürfend erachtet, enthalten darf.

XV. Vor Einzelrichtern fällt die mündliche Rechtsausführung weg. Doch ist den Parteien gestattet, durch ihren bisherigen oder jetzt erst sich zu wählenden Rechtsvertreter sich eine schriftliche Rechtsausführung fertigen zu lassen, wozu

---

7) Dieß ist in Baiern nicht jeder Rechtskundige, wenn er nicht zugleich „siegelmäßig" ist.

auf Verlangen eine präclusivische Frist, nach Beschaffenheit des Gegenstandes von 14 bis 30 Tagen zu gönnen ist. Wenn beide Theile dergleichen Deductionsschriften einreichen wollen, so muß dieß gleichzeitig geschehen, und die Schriften werden dem Gegentheil nur zur Nachricht mitgetheilt.

XVI. Sogleich nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung fällt das Collegialgericht entweder sofort oder auf kurze Vertagung die Entscheidung; der Einzelrichter nach Ablauf der Frist zur schriftlichen Deductions-Einreichung.

Muß noch auf Beweis erkannt werden, so folgt auf dessen Vollführung abermals eine mündliche, bei Einzelrichtern schriftliche, Rechtsausführung und darauf das Definitiv-Urtheil.

XVII. Rechtsanwälte, welche geflissentlich oder aus Nachlässigkeit der Ordnung zuwider handeln, werden mit Verweis oder Geldstrafen von 2 bis 10 Thalern belegt, und es ist dem Oberrichter vorbehalten, diese etwa von dem Unterrichter übergangenen Ahndungen nicht nur nachzuholen, sondern den letztern selbst für seine ungebührliche Nachsicht mit Verweis oder nach Umständen mit einer der Hälfte jener Strafsätze gleichkommenden Geldstrafe zu belegen.

XVIII. Die Gebühren der Advokaten für eingereichte Schriften dürfen niemals nach der Bogenzahl, sondern sie müssen nach Beschaffenheit des Streitgegenstandes und der Verwickelung der Sache, und mit Rücksicht auf Fleiß, Gründlichkeit und Brauchbarkeit festgesetzt werden. Die Taxordnung wird für jeden Schriftsatz, so wie für die übrigen Bemühungen der Sachführer mit Rücksicht auf den steigenden Werth des Streitobjects ein Minimum und Maximum billig bestimmen.
